# Die Beweislastverteilung im Falle des § 287 Satz 2 B.G.B.

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

**Max Kaiser,**

Referendar a. D.



Breslau 1912.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.

Korreferent: Professor Dr. Fischer.

# Literatur-Verzeichnis.


Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Kgl. Preuß. Rheinprovinzen 1849, Bd. 44.

Beckh, Die Beweislast nach dem B.G.B. München 1899.

Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Zivilprozesses. Berlin und Stettin 1827.

Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozeß. Berlin 1910, 3. Aufl.

Buchka, Einfluß des Prozesses I. Rostock 1846.

Burkhard, Die zivilistischen Präsumtionen. Würzburg 1866.

Cocceji, Ius civile controversum editio nova, Teil I. Leipzig. Ausgabe von 1791.

Cohnfeld, Die Lehre vom Interesse. Leipzig 1805.

Contius, tractatus de diversis morae generibus.

Cosack, Bürgerliches Recht, Bd. I. Jena 1898.

Cüppner, Beiträge zur Lehre von der Beweislast (Bonner Dissertation). Düsseldorf 1902.

Dernburg, Pandekten, Bd. II, 7. Aufl. 1903.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. I, Bd. II., 4. Aufl. Halle 1889.

— Bürgerliches Recht II, 1. Halle 1905.

Endemann, Bürgerliches Recht I, 2, 9. Aufl.

Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 4. Aufl. Berlin 1906.

Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd. I. Marburg 1898/1900.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. IX, Bd. XXI.

— des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 33, Bd. 42.

Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse. Dresden 1864.

Ferretrus, tractatus de mora.

O. Fischer, B.G.B., 7. Aufl. München 1906.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin und Leipzig 1887.

Fitting, Die Grundlagen der Beweislast. Berlin 1888.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I. Berlin 1892.

Fritz, Erläuterungen, Bd. II.

Girard, System des römischen Rechts. Berlin 1908.

Glück, Erläuterung der Pandekten, VIII, 1. Erlangen 1807.

Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, 5. Aufl. 1826.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. II. Leipzig 1886.

Hofacker, Principia iuris civilis Romano-Germanici. Ausgabe 1794. Tübingen.

Holtzendorff, v., Enzyklopädie der gesamten Rechtswissenschaft. Leipzig 1904. 6. Aufl.

Holzschuher, v., Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. Leipzig 1864.

Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867.

Kien, Disputatio iuridica.

Kniep, Die mora des Schuldners II. Rostock 1872.

Kisch, Zeitschrift für Zivilpraxis, Bd. 30.

Koch, Kommentar zum A.L.R.

Kori, Archiv für die Zivilpraxis, Bd. VIII.

Kuhlenbeck, Bürgerliches Recht I. Berlin 1903.

Langenbeck, Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Leipzig 1858.

Leonhard, Die Beweislast. Berlin 1904.

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, 10. Aufl.

Madai, v., Die Lehre von der mora. Halle 1837.

Martinius, Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage. Berlin 1892.

Meißner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Breslau.

Meumann, Prolegommena zu einem System des Vermögensrechts. Breslau 1903.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. III: Die Lehre von der mora. Braunschweig 1855.

Motive zum Entwurfe eines B.G.B. II, 2. Aufl. Berlin 1888.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts II.

Oertmann, Kommentar zum G.B.G., 2. Aufl.

Paech, Der Leistungsverzug. Berlin 1902.

Pernice, Labeo II, 2, 1.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1903.

— Lehrbuch des Zivilprozesses II. München 1891.

Protokolle II. Dresden 1874.

Puchta, Pandekten III, 2. Aufl. Leipzig 1872.

Recht der Schuldverhältnisse I. Allgemeiner Teil. 1882.

Rehbein, Kommentar zum B.G.B. Berlin 1903.

Reinhold, Die Lehre vom Klagegrunde, den Einreden und der Beweislast. Berlin 1888.

Rizy, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß 1841.

Rosenberg, Die Beweislast. Berlin 1900.

Savigny, v., System des römischen Rechts, Bd. VI. 1845.

Schilling, Kritisches Lehrbuch für deutsche Rechtswissenschaft. Jahrgang 1838.

Schneider, Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise. 2. Aufl. Gießen 1842.

Schollmeyer, Kommentar zum B.G.B. München 1900.

Simon-Strampff, Materialien des A.L.R. Berlin 1836.

Sintenis, Praktisches, gemeines Zivilrecht II.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. III, 3. Aufl. Berlin 1893.

Thibaut, System des Pandektenrechts, 8. Aufl.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung. Leipzig 1900.

Unger, System des österreichischen Privatrechts III.

Unterholzner, Lehrbuch des römischen Rechts I. Leipzig 1840.

Vangerow, v., Pandekten III.

Voet, Commentarius ad pandectas editio IV, Tom. I. 1723.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses, Bd. I. Leipzig 1885.

— Die Beweislast nach dem B.G.B. Leipzig 1901. (Dekanatsprogramm.)

Weber-Heffter, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß, 3. Aufl. Leipzig 1845.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts, Bd. III.

Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl. Leipzig 1878.

Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. II.

Wolff, Zur Lehre von der mora. Göttingen 1841.

Zachariä-v. Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts, 5. Aufl. von Anschütz, Bd. II 1853 — 8. Aufl. von Crome, Bd. II, 1894.

# Inhalts-Verzeichnis.

# Einleitendes.

## § 1.

Alle Fragen, die in das Gebiet der Beweislast fallen, haben eine große praktische Bedeutung, denn sehr oft hängt der Ausgang eines Prozesses lediglich von ihrer Verteilung auf die Parteien ab. Daß eine abschließende und erschöpfende Regelung für dieses Gebiet immer mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein muß, liegt in der Natur der Sache. Denn jedem springt sofort ins Auge, daß sich hierfür immer sehr schwer allgemeine Regeln aufstellen lassen und meistens nur der Sachverhalt und die gegebenen Umstände das ausschlaggebende Moment hierfür werden bilden können. So ist es auch eine alte Streitfrage geblieben, welchen Beweis der säumige Schuldner zu erbringen habe, der sich zur Beschränkung seiner Haftung beim Untergang oder bei der Verschlechterung der geschuldeten Sache infolge Zufalls darauf beruft, daß der Zufall auch im Falle rechtzeitiger Leistung die Sache getroffen haben würde.

Der Gedanke der Haftung des säumigen Schuldners für den kasuellen Untergang oder die kasuelle Verschlechterung des Schuldgegenstandes hat im Laufe der Rechtsentwickelung eine bedeutende Wandlung durchgemacht. Während alle neueren Rechte, ebenso wie das B.G.B. diese Beschränkung der Haftung des säumigen Schuldners bei zufälligem Untergang der Sache für den Fall, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, anerkennen, hat über die Gültigkeit dieses Satzes im römischen und im gemeinen Recht großer Streit geherrscht. Im alten römischen Recht war der Begriff der mora überhaupt unbekannt; wenigstens erwähnen die

XII Tafeln mit keinem Wort diesen juristischen Begriff.[1]) Erst allmählich hat sich der Schuldbegriff, also auch der der mora heraus entwickelt und erst in Justinians Gesetzeswerk finden wir Stellen, die von der Verhaftung des in Verzug geratenen Schuldners für den kasuellen Untergang des Schuldgegenstandes handeln. Es wird wohl zum Verständnis des Folgenden notwendig sein, die römisch-rechtlichen Streitfragen hierüber aufzurollen und somit die Entstehungsgeschichte des § 287 Satz 2 zu geben; denn die Art der Verhaftung des Schuldners beim Verzuge, die doch im engsten Zusammenhang mit seiner Beweisführung steht, kann uns Rückschlüsse auf den Umfang dieses Beweisthemas gestatten.

## Die geschichtliche Entwickelung der Beweislastverteilung im Falle des § 287 Satz 2 B.G.B.

### § 2.

### Römisches und gemeines Recht.

Das römische Recht hat allgemein den Satz aufgestellt, daß die mora die Obligation „perpetuiere“, d. h. der Schuldner hat vom Verzuge an für die Gefahr des Unterganges, sowie der Verschlechterung der geschuldeten Sache einzustehen.[2]) Der Gläubiger konnte trotz Untergangs der Sache noch auf „dari oportere“ klagen, wie wenn dieselbe noch da wäre. Auf Grund solcher Klage war ihm der Wert der untergegangenen Sache vom Richter zuzusprechen. Diese Wirkung war in ältester Zeit[3]) zweifellos so absoluter Natur, daß sie weder durch einen Gegenbeweis des Schuldners abgeändert, noch durch ein späteres Ereignis aufgehoben werden konnte. Abgesehen von der Glossatorenperiode hat es auch in neuerer Zeit nicht an Schriftstellern[4])

[1]) Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, S. 8.
[2]) Dernburg II, § 41.
[3]) Girard, Syst. d. röm. R., S. 705.
[4]) Madai, S. 297; ebenso Fritz, S. 359 und Schilling, S. 253.

gefehlt, die die unbedingte Haftpflicht des Schuldners vertraten. Aus den Stellen:

l. 5 pr. D. 12, 1; l. 25 D. 24, 3; l. 39 § 1 D. 1; l. 108 § 1 D. 1; l. 23 D. 45, 1; l. 82 § 1 D. 45, 1; l. 58 § 1 D. 46, 1; l. 31 pr. D. 46, 2; l. 3 C. 6, 47;

und anderen mehr folgern sie, daß der obligatorisch verpflichtete Schuldner nach der mora für casus ohne irgend welchen Gegenbeweis haften soll. Sie stellen an die Spitze der Lehre von den Wirkungen der mora debitoris die perpetuatio obligationis. Infolge dieses Prinzipes bestehe nach der mora der Gegenstand der Verpflichtung als ein ewiger unvergänglicher in der Gestalt der sogen. aestimatio fort. Andere Juristen[1]) lassen einen Gegenbeweis nicht zu bei den sogen. actiones in personam mit der Begründung, daß man bei persönlichen Forderungen „id quod in obligationem deductum est" fordere, deshalb die mora hier nachteiliger sei als bei der sogen. in rem actio, der ein solches obligatorisches Verhältnis nicht zugrunde liege.[2]) Bei den actiones in rem machten sie aber noch einen Unterschied, ob der debitor von Anfang an mala fide war oder nicht; im ersteren Falle versagten sie ihm ebenfalls eine Rechtfertigung wegen seiner mala fides. — Noch andere Juristen[3]) gingen von der Erwägung aus, daß der von Anfang an unredlich besitzende Dieb nicht wegen seiner mala fides bezüglich des zu führenden Gegenbeweises mit dem morosus gleichzustellen sei, sondern weil seine mora mit einem Verbrechen verbunden wäre. Mit gutem Grund sagt Puchta[4]), wird diese Einschränkung nicht angewendet auf den, welcher durch ein Delikt in mora der Restitution und mehr als ein gewöhnlicher frustrator ist unter Berufung auf die Stelle l. 19 D. 43, 16.[5]) Die herrschende Ansicht[6]) jedoch stellt

---

[1]) Vgl. Madai, S. 290. (Bartolus Baldus.)

[2]) Ebenso Mackeldey, § 346.

[3]) Vgl. Ferretrus, § 46 bis § 48.

[4]) Puchta, § 268 Anm. c.

[5]) Ebenso v. Mühlenbruch, Bd. II, § 357 u. Glück, Pandekten Bd. VIII, 1 § 588.

[6]) Vgl. Buchka, S. 209; Mommsen, S. 197/98; Unterholzner, S. 121.

den unredlichen Besitzer und den morosus hinsichtlich der Einschränkung seiner Haftpflicht gleich, indem sie mit Recht darauf hinweist, daß die Haftung des Diebes oder unredlichen Besitzers für casus nicht aus Strafzwecken erfolgt, sondern lediglich auf seine mora zurückzuführen ist, weshalb also auch hier die allgemeinen Verzugsprinzipien gelten müssen. Die Art und Weise, wie die eingeschränkte Haftpflicht des in Verzug geratenen Schuldners begründet wird, ist wiederum verschieden. Einige[1]) reflektieren folgendermaßen: Nach dem anerkannten Rechtssatz „unicuique moram suam nocere“ soll zwar der Verzug dem Schuldner immer Nachteil bringen, aber anderseits dem Gläubiger keinen Vorteil gewähren. Und dies wäre der Fall, wenn der Gläubiger vom Schuldner Ersatz der untergegangenen Sache selbst dann verlangen dürfte, wenn bei rechtzeitiger Leistung der Gegenstand beim Gläubiger ebenso untergegangen wäre. Die anderen gehen in ihrer Reflektion weiter und gründen die Haftpflicht des säumigen Schuldner für casus auf die Tatsache, daß durch das Nichtleisten des Gegenstandes der Gläubiger der Möglichkeit beraubt wird, denselben noch rechtzeitig vor Eintritt des kasuellen Ereignisses — vorausgesetzt natürlich, daß der beim Schuldner eingetretene Zufall den Gläubiger ebenso getroffen hätte — zu verwerten. Sie sagen weiter folgerichtig, daß der Schuldner seinerseits nur dann von seiner Ersatzpflicht befreit werde, wenn völlig klargelegt ist, daß erstens einmal der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung beim Gläubiger eingetreten wäre, und zweitens, daß der Gläubiger die Sache auch in seinem Besitz gehabt hätte.

Eine heftige Meinungsverschiedenheit setzte mit der sich daraus ergebenden Frage, wer das letztere zu beweisen habe, ein. Und um diesen letzteren, manchmal recht schwierigen Beweis aus Gründen der Billigkeit — denn ein Nachteil entsteht infolge des Verzuges dem Gläubiger immer — dem Schuldner aufzubürden, halfen sich die römischen Juristen mit einem genialen Griff. Sie stützten sich bei Untersuchung dieser Frage auf die Stellen:

---

[1]) Kien, Kap. 4 § 2.

l. 12 § 4 D. 10, 4; l. 14 § 1 D. 16, 3; l. 14 § 11 D. 4, 2; l. 15 § 3 D. 6, 1; l. 40 pr. D. 5, 3;

und folgerten aus ihnen, daß zugunsten des Gläubigers immer eine Verkaufspräsumtion anzunehmen sei. Sie erachteten nicht allein die Tatsache, daß der Gläubiger im konkreten Falle wirklich verkauft hätte, sondern schon die bloße Verkaufsmöglichkeit für genügend — vorausgesetzt, daß es sich um einen verkäuflichen Gegenstand handelt, — um dem Schuldner die Pflicht des Gegenbeweises aufzuerlegen.[1]) Daß die Verkaufspräsumtion immer zugunsten des Gläubigers spreche, folgert Savigny[2]) aus den für den debitor immer nachteiligen Verzugsfolgen. Er führt aus: „Wenn jemand, der einem anderen etwas zu geben schuldig ist, dies mit wahrer mora unterläßt, begeht dadurch ein Unrecht mit Bewußtsein, welches u. a. auch die Folge hat, daß dem creditor der Verkauf der Sache unmöglich gemacht wird; für diesen Nachteil kann er dem Gegner im Falle eines zufälligen Untergangs der Sache nur dadurch vollständigen Ersatz leisten, daß er ihm den Wert der Sache bezahlt. Dabei erscheint also die entzogene Möglichkeit des Verkaufs als Motiv der strengen Verpflichtung des Schuldners.“ Aus dieser Rechtsregel zieht Savigny seine Schlüsse auf die Beweislast. „Müßte der Gläubiger beweisen, so fährt er fort, er würde verkauft haben — was einige Schriftsteller aus der Einschränkung der strengen Ersatzverbindlichkeit des Schuldners von der mora an folgern — so würde dieses Motiv in eine Bedingung verwandelt werden, so daß der Gläubiger nur dann einen Ersatz fordern könnte, wenn er bewiese, daß er von jener Möglichkeit Gebrauch gemacht, also in der Tat verkauft haben würde. Dadurch würde aber die ganze Rechtsregel so gut als entkräftet. Denn der Beweis, daß der Gläubiger unter einer gewissen Voraussetzung etwas getan haben würde, ist schon an sich als eigentlicher

[1]) Ebenso Contius, Kap. 8; Thibaut, § 99; v. Wening-Ingenheim, Bd. III, Kap. 3 § 24; Mühlenbruch II, § 357; Unterholzner, S. 121; v. Holzschuher, Bd. III, S. 268; Vangerow, Bd. III, § 588 Anm. 3; Pernice-Labeo, S. 132; Dernburg, § 41.

[2]) Savigny, S. 186 ff.

Beweis unmöglich, so daß diejenigen, die ihn dennoch fordern, anstatt des Beweises eine gewisse faktische Wahrscheinlichkeit anzunehmen genötigt sein werden, die doch in der Tat kein Beweis ist." Diese abstrakte Möglichkeit des Verkaufs, welche konsequenterweise dem Schuldner den Beweis auferlegt, daß Gläubiger nicht verkauft haben würde, macht auch Mommsen[1]) zur Grundlage seiner kritischen Untersuchung über diesen Punkt. Gestützt auf l. 47 § 6 D. 1 und l. 40 pr. D. 5, 3 hält er aber nur den Nachweis des Schuldners für erforderlich, daß dem Gläubiger die Möglichkeit des Verkaufs gefehlt habe. Diese Möglichkeit des Verkaufs schwächt er schließlich dahin ab, daß er eine solche nur bei den Gegenständen annehmen will, denen im Verkehr ein bestimmter Verkaufswert beigelegt werden kann. Die Unhaltbarkeit dieser Rechtsvermutung erhellt dann, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, dem ein bestimmter Verkehrswert nicht innewohnt. Hier greift eher eine gegenteilige Vermutung Platz. Auch Mommsen[2]) muß dies zugestehen und legt für diesen Fall dem Gläubiger den Beweis auf, daß sich ihm eine bestimmte Gelegenheit zum Verkauf dargeboten habe. Windscheid[3]) geht in seinen Untersuchungen bezüglich des vollen oder eingeschränkten Beweises des Schuldners von der Stelle l. 3 § 3 D. 19, 1 aus. Die Stelle handelt davon, daß der Käufer von Wein bei einer nach dem Verzuge eingetretenen Preisminderung den höheren Wert der Zeit des Verzuges solle fordern können. Wenn auch die Preisminderung eines Gegenstandes keine Unmöglichkeit der Leistung genannt werden kann, so begründet sie doch eine partielle Unmöglichkeit, d. h. ein Nichtleistenkönnen in gehöriger Qualität. Es müssen also hierfür dieselben Grundsätze gelten wie bei der totalen Unmöglichkeit; eine Preisminderung wäre ebenso eingetreten, wenn der Verkäufer rechtzeitig geliefert hätte. Daß der Käufer aber nur dann einen Entschädigungsanspruch haben solle, wenn er bewiese, er würde vor der Preisminderung verkauft haben, davon sagt die Stelle

---

[1]) Mommsen, S. 193.

[2]) Mommsen, S. 197.

[3]) Windscheid, S. 134 Anm. 14.

nichts. Mithin müßte man aus dieser Stelle den Schluß ziehen, daß der Schuldner unbedingt verhaftet sei und nur dann ein Entschädigungsanspruch des Gläubigers wegfalle, wenn der Schuldner nachweist, daß der Gläubiger vor der Preisminderung nicht verkauft haben würde.

Die Verkaufsmöglichkeit, die zugunsten des Gläubigers sprechende Präsumtion, will die Gegenmeinung[1]) in ihrer Abstraktheit nicht gelten lassen. Eine Verkaufsmöglichkeit ist nach ihrer Ansicht immer vorhanden, könne man doch selbst Gegenstände, die keinen Verkaufswert haben, im Zweifel zum Auktionspreise verkaufen. Es hieße nur der Sache ein anderes Gewand umhängen und den säumigen Schuldner unbedingt für Zufall haften lassen, wollte man diese Möglichkeit für ausreichend erachten. Zudem fordern die römischen Quellen nicht vom Schuldner, sondern vom Gläubiger den Beweis, daß er die Sache rechtzeitig veräußert haben würde (s. S. 5). Kniep[2]) rechtfertigt seinen Standpunkt folgendermaßen, gestützt auf l. 9 § 4 D. 19, 2 und l. 5 C. 4, 24: Ein Schuldner wird an sich frei, wenn er beweist, daß die Sache durch Zufall zugrunde gegangen sei. Der Einrede des Schuldners kann aber der Gläubiger folgende Replik entgegensetzen, der Zufall würde ihn nicht getroffen haben. Diese Replik hat nötigenfalls der Gläubiger zu beweisen. Kniep geht, wie wir sehen, von den ganz allgemeinen Bestimmungen über die Wirkungen der mora aus und nimmt als Obersatz fatum a nullo praestari (l. 16 pr. D. 6, 1). Sintenis[3]) stellt entgegen der Ansicht Savignys die Möglichkeit des Verkaufs nicht als Motiv der Rechtsregel, sondern als Bedingung ihrer Anwendung hin. Die Verkaufsvermutung könne doch nur für res venales zugegeben werden, während doch sonst gerade das Gegenteil zu vermuten sei.[4]) Mit anderen Worten gesagt: sie stellen umgekehrt die Vermutung auf, daß der Gläubiger die Sache behalten hätte, entlasten somit den

---

[1]) Vgl. Kniep, S. 45 ff.

[2]) Kniep, S. 45 ff.

[3]) Sintenis Bd. II, § 93 [44].

[4]) Ebenso Unger, S. 132 [10]; Cohnfeld, S. 196/97.

Schuldner des Beweises des Nichtverkaufs seitens des Gläubigers und bürden dem letzteren den umgekehrten Beweis auf; wenigstens müsse der Gläubiger die Absicht und die Gelegenheit des Verkaufs nachweisen. Zu demselben ungefähren Ergebnis kommen, wenn auch in ihrer Begründung einen Mittelweg einhaltend, Voet,[1]) Hofacker[2]) und Cocceji.[3]) Diese Schriftsteller erachteten es ohne weiteres als fundamentum intentionis des Klägers, daß er den Beweis erbringe, der Zufall hätte ihn infolge Verkaufs nicht getroffen.

Das häufige Hin- und Herschwanken in der Beweislastfrage im römischen und gemeinen Recht rechtfertigt sich mit der Widerspruchsfülle der hierüber handelnden Digestenstellen. Gäben diese Stellen auch nur irgend einen begründeten Anhalt dafür, wer zu beweisen habe, so wären die Meinungen nicht derartig geteilt gewesen. Zudem hat die notwendige Vorfrage, ob überhaupt eine Einschränkung der Haftung des säumigen Schuldners anzunehmen sei, die römischen Juristen wie die Glossatoren derartig in Anspruch genommen. daß sie zu einer Herausarbeitung dieser Beweislastsätze gar nicht gekommen sind. Die herrschende Ansicht ging also, wie wir sahen, von den vom Verkauf sprechenden Stellen (s. S. 5) aus und statuierten als Regel unbedingte Verhaftung des säumigen Schuldners für casus mit der Einschränkung derselben für den Fall, daß Schuldner nachweisen konnte, daß der Gläubiger vor Eintritt des casus nicht verkauft haben würde. Die Gegenmeinung ging umgekehrt von dem Obersatz fatum a nullum praestari aus und stellte umgekehrt als Rechtsregel bei der mora des Schuldners auf: unbedingte Freiheit des Schuldners für casus mit der Einschränkung derselben für den Fall, daß der Gläubiger nachweisen konnte, er würde vor Eintritt des casus verkauft haben. Beide Ansichten lassen sich mit den Quellenstellen vereinbaren und stehen auch mit den damaligen Anschauungen über die Wirkungen der mora in keinerlei Widerspruch. Etwas aber, was einem jeden

---

[1]) Voet, § 34 S. 430.
[2]) Hofacker, § 1677, i. F. S. 830.
[3]) Cocceji, qu. 19, S. 489.

sofort auffällt, ist die enge Fassung des fraglichen Beweisthemas.[1]) Wenn auch die Abwälzung des Schadens durch rechtzeitigen Verkauf des Gläubigers sehr nahe liegt, so kann doch der Berechtigte auch durch andere Verfügung tatsächlicher und juristischer Natur den Gegenstand dem Untergang oder der Verschlechterung rechtzeitig entziehen. Sehen wir uns einige Stellen daraufhin an, ob sie vielleicht eine Erklärung dafür geben, so z. B. l. 3 § 3 D. 19, 1; l. 47 § 6 D. 1; l. 15 § 3 D. 6, 1. In diesen Stellen ist nur von solchen schädigenden oder verschlechternden Einflüssen die Rede, deren Abwendung eben nur durch rechtzeitigen Verkauf möglich ist. Da nun die Mehrzahl der Stellen von solchen durch Verkauf abzuwälzenden schädigenden Ereignissen handelt und diese Stellen doch als Ausgangspunkt der Untersuchung den römischen Juristen und Glossatoren dienten, bekam das Beweisthema nur diese enge Fassung. — Ferner beschränkt der Beweisumfang des Schuldners des römischen und gemeinen Rechts sich darauf, daß die Sache durch denselben Zufall, also nicht schlechthin denselben oder einen anderen, beim Gläubiger ebenfalls zugrunde gegangen wäre. Wir finden diese Forderung — aus den Quellen können wir darüber keinen Anhalt finden — bei den Kommentatoren ausdrücklich ausgesprochen, und wo das nicht der Fall ist, geht aus dem Inhalt unzweifelhaft hervor, daß dieser Nachweis in Beschränkung auf denselben Zufall nur gefordert wird.

## § 3.

### Deutsches Recht und Allgemeines Landrecht.

Das deutsche Recht sühnte das im Verzug liegende Unrecht damit, daß die für das Eintreten desselben gezahlten Bußen ohne weiteres verfallen sein sollten.[2]) Aus dieser Härte der Verzugsbußen können wir wohl entnehmen, daß der debitor morosus unbedingt für Zufall haftete, also keinen befreienden Gegenbeweis führen durfte.

---

[1]) Vgl. auch Pernice, S. 138—142.

[2]) Vgl. Stobbe III, S. 228 und Heusler II, S. 231.

Bei der Abfassung des Allgemeinen Landrechts für den preußischen Staat traten dieselben Kontroversen wieder auf, nur mit dem Unterschiede, daß die herrschende Ansicht sich dafür entschied, dem Schuldner den Beweis, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde, zu erlassen. Den Grund hierfür will ich im folgenden auseinandersetzen; — vorausschicken muß ich, daß das A.L.R. den in Verzug geratenen Schuldner und den unredlichen Besitzer gleich behandelte (vgl. I, 16, 18 A.L.R.), während es dem deliktischen Besitzer jeden Gegenbeweis versagt (vgl. I, 7, § 242 A.L.R.). Es hat somit die gemeinrechtliche Kontroverse der Zufallshaftung des Deliktsschuldners in dem eben angegebenen Sinne beseitigt.[1])

Vor der Abfassung des A.L.R. stützte sich die gemeinrechtliche Meinung bei der Untersuchung vorliegender Frage auf l. 15 § 3 D. 6, 1. Die Stelle spricht sich dahin aus, daß der Eigentümer, welcher den unredlichen Besitzer auf Ersatz der durch Zufall verursachten Wertminderung verklage, beweisen müsse, daß er die Sache verkauft haben würde, wenn sie ihm nicht vorenthalten worden wäre. Cocceji[2]) sagt wörtlich: „Hic tunc demum casum praestat, si res aeque apud alterum, peritura non fuisset, dominus ergo probare debet, se distracturum adque ita rem apud se perituram non fuisse.“ Daraus erklärt sich die ursprüngliche Fassung des § 241 A.L.R., welcher so lautete: Der unredliche Besitzer muß auch den bloßen Zufall tragen, wenn der Eigentümer nachweist, daß der Zufall die Sache in seinem Besitz nicht getroffen haben würde.[3]) Die Rechtsregel war mithin so gefaßt, daß sie dem Kläger ein nur bedingtes Forderungsrecht gab. Gegen die Abfassung dieses Paragraphen wurde allgemein moniert,[4]) daß dann dem Eigentümer ein Beweis auferlegt werde, der im Grunde eine Negative

---

[1]) Das B.G.B. macht keinen Unterschied bezüglich des prinzipiell zu führenden Beweises des Schuldners zwischen der mora ex re und der mora ex persona. Vgl. § 848 B.G.B.

[2]) Cocceji, l. V tit. III, qu. 19.

[3]) Koch, Komm. Bd. I zu § 241 A.L.R.

[4]) Simon u. Strampff, Materialien zum A.L.R. I, 7, § 241.

enthalte; die Ausmittelung dürfte dadurch sehr schwer sein. — Zum Verständnis des eben Gesagten muß ich bemerken, daß in jener Zeit die Ansicht gestützt auf die mißverstandenen Quellenstellen l. 2 D. 22, 3 und l. 23 C. 4, 19 verbreitet war, daß der Beweis einer Negative unmöglich sei, daß also denjenigen, welcher etwas leugnet, nie die Beweislast treffe (darüber s. S. 22 ff.). — Auf dieses monitum bekam dieser § 241 die andere Fassung dahin, „auch den Zufall muß der eigentlich unredliche Besitzer tragen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, daß der Zufall die Sache im Besitze des Eigentümers ebenfalls würde getroffen haben". Obgleich nun aus diesem Paragraphen nichts erhellt, wer den Beweis bezüglich des rechtzeitigen Verkaufs bezw. Nichtverkaufs des untergegangenen Gegenstandes zu führen hat, blieb die herrschende Ansicht bei der einmal eingewurzelten Anschauung und legte dem Schuldner nur den Beweis auf, daß der Zufall den Gegenstand beim Gläubiger ebenfalls getroffen haben würde. Der Kläger konnte dann im Wege der Replik darlegen, er würde vorher verkauft haben. Die dieses Thema behandelnden zwei Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts[1]) sind von diesem Geist völlig getragen. In der einen handelt es sich darum, daß jemand mit der Rückgabe einer Sache säumig ist und diese in der Zeit des Verzuges eine zufällige Verschlechterung insofern erfährt, als ihr Preis im Kurse gesunken ist. Das R.O.H.G. legte dem Schuldner nur den schon erwähnten eingeschränkten Beweis auf, mit der Begründung, daß diese zufällige Verschlechterung, wenn sie die Sache auch im Besitze des Gläubigers getroffen haben würde, wie es doch beim Sinken des Kurses immer der Fall ist, nicht als Vorenthaltung des Besitzes erscheint. Diese Begründung läuft schließlich nur auf die Vermutung hinaus, daß der Kläger die Sache bis zum Sinken des Kurses behalten hätte; denn der Kläger hätte doch, wenn ihm der Besitz nicht vorenthalten worden wäre, die Sache vielleicht noch vor Sinken des Kurses verkaufen können. Eine derartige Vermutung in solcher abstrakter Fassung aufzustellen, ist natürlich ebenso falsch, wie die römisch-rechtliche Verkaufs-

[1]) Bd. IX, S. 141 u. Bd. XXI, S. 241.

vermutung zugunsten des Gläubigers. Wenn auch die preußischen Juristen ihr Anwendungsgebiet dahin reduzieren, daß in gewissen Fällen, z. B. im kaufmännischen Verkehr, wie überhaupt im Erwerbsleben, die Veräußerungsmöglichkeit zu unterstellen sein soll, so kann doch nur der konkrete Einzelfall maßgebend dafür sein, ob die eine oder die andere Präsumtion aufzustellen sei und nur dann eine richtige Entscheidung für vorliegende Fragen gefällt werden. Es wäre ja auch, ganz menschlich betrachtet, eine Unbilligkeit gegenüber dem Gläubiger, wollte man ihm die Beweispflicht ohne weiteres auferlegen und die damit verbundene Gefahrtragung. Mit Recht sagt daher Dernburg:[1]) „Ist es billig, den Gläubiger, der durch die mora des Schuldners in die nachteilige Lage geraten ist, mit solchen Beweisen zu beschweren?" Auch die Ansicht Eccius,[2]) der dem Schuldner deswegen nicht den vollen Beweis auferlegen will, weil dieser dann Willensmomente des Gläubigers beweisen müßte, die sich ihm doch völlig entziehen, dürfte wohl auch zu verwerfen sein. Auch schon damals würde der Schuldner wohl nur Umstände und Tatsachen darzulegen gehabt haben, aus denen man mit Wahrscheinlichkeit schließen konnte, daß es zum rechtzeitigen Verkauf nicht gekommen wäre. Zu der Frage, ob der Schuldner nur dann von seiner Haftung frei werden soll, wenn er nachweisen kann, derselbe Zufall hätte die Sache auch bei rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger getroffen, oder ob er dann schon seiner Beweispflicht genügt, wenn er nur den Nachweis bringt, auch bei rechtzeitiger Leistung hätte ein Zufall — derselbe oder ein anderer — die Sache bei dem Gläubiger getroffen, nimmt auch das A.L.R. keine klare Stellung ein. Wir können wohl annehmen, da die Kommentatoren diesen Punkt nie erwähnen, daß das A.L.R. ebenso wie das gemeine Recht dem Schuldner seinen Beweis darauf einschränkte, derselbe Zufall hätte die Sache auch bei rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger betroffen.

---

[1]) Dernburg, S. 177.

[2]) Förster-Eccius, S. 711.

## § 4.
## Code civil.

Der Code civil behandelt unsere Thema in Art. 1302, Abs. 2 und 3: Lors même que le debiteur est en demeure (et s'il ne s'est chargé des cas fortuits) l'obligation est éteinte dans les cas ou la chose fut également perie chez le créancier si elle lui eût été livrée. Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. Es haftet also der Schuldner, wenn er im Verzuge ist, auch bei zufälligem Untergang der Sache; indessen kann er den Nachweis führen, daß die Sache bei dem Gläubiger ebenso würde zugrunde gegangen sein. Ebensowenig wie das gemeine Recht und das A.L.R. schafft der Code civil Klarheit bezüglich der Frage der Beweislastverteilung. Zachariä-v. Bingenthal[1]) verlangt vom Schuldner nur den eingeschränkten Beweis und läßt den Gläubiger zur Erhaltung seiner Ansprüche replicando den Nachweis führen, ihn hätte ausnahmsweise der Zufall nicht getroffen, denn er hätte die Sache nicht mehr in seinem Besitz gehabt. Windscheid[2]) dagegen verlangt vom Schuldner noch den weiteren Beweis, daß der Gläubiger die Sache noch in seinem Besitz gehabt hat. Bezüglich der Frage, ob derselbe Zufall zur Befreiung des Schuldners erforderlich ist, oder ob der Nachweis genügt, daß durch Zufall (denselben oder einen anderen) die Sache bei dem Gläubiger ebenfalls zugrunde gegangen wäre, verlangt v. Crome vom Schuldner nur den ersteren Nachweis als Befreiungsgrund, während Windscheid und v. Anschütz ihn auch im zweiten Falle von der Haftung befreit wissen wollen.

## § 5.
## Vorarbeiten zum B.G.B. und B.G.B.

Bei den Vorarbeiten zum B.G.B. entstand wieder derselbe Streit bezüglich der fraglichen Beweislastverteilung. Man ging

---

[1]) Zachariä-v. Bingenthal, Bd. II, 5. Aufl. (von Anschütz) § 331 S. 306 ff., 8. Aufl. (von Crome) § 310 S. 379.

[2]) Windscheid, Arch. f. d. Ziv.- u. Krim.-Recht d. Kgl. preuß. Rheinprovinzen, Bd. 44, Abt. 2 B S. 20.

aber insofern ein Stück weiter, als nicht nur wie im gemeinen und preußischen Recht die rechtzeitige Verwertungsmöglichkeit des Gegenstandes durch Verkauf, sondern auch die Fortschaffung desselben an einen anderen Ort und dadurch bedingte rechtzeitige Entziehung des Gegenstandes vor dem schädigenden Ereignis in Erwähnung gezogen würde. Das Beweisthema müßte mithin lauten, daß die Sache der Einwirkung des casus entzogen bezw. vom Standpunkt des Schuldners nicht entzogen worden wäre. Der Württembergische Ober-Tribunal-Direktor v. Kübel, dem von der ersten Kommission die Ausarbeitung des Obligationenrechts übertragen worden war, legte seine Vorschläge in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich nieder (Recht der Schuldverhältnisse I, Allgemeiner Teil mit Begründung 1882, in Abschnitten, 1. Titel 3, III, 2, §§ 22 und 23). Kübel legte den fraglichen Beweis dem Gläubiger auf, indem er sich auf das A.L.R. und besonders auf den Dresdener Entwurf[1]) stützte, der ganz strikt ebenfalls vom Gläubiger den fraglichen Beweis verlangte. Die erste Kommission hat die Ansicht Kübels nicht gebilligt, wie dies aus den dem ersten Entwurf beigegebenen Motiven ersichtlich ist. Sie erklären, ihre Ansicht, nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner den vollen Beweis aufzuerlegen, stütze sich auf die gemeinrechtlich herrschende Meinung. Desgleichen hatte nach dem Vorbild des römischen und gemeinen Rechts der erste Entwurf vom Schuldner den Nachweis gefordert, daß derselbe Zufall die Sache auch beim Gläubiger getroffen haben würde, um sich von seiner Haftung zu befreien. Die Motive[2]) hatten diese Forderung folgendermaßen begründet: „Wollte man dem Schuldner allgemein den Beweis nachlassen, daß der Gläubiger den Schaden auch sonst erlitten haben würde, so läge hierin die Anerkennung des Prinzips, daß der im Verzug befindliche Schuldner überhaupt von der Haftung befreit werde, falls er bewiese, daß der Gläubiger den Schaden später doch erlitten

---

[1]) Entw. eines für die deutsch. Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse. Dresden 1864, Art. 293.

[2]) Mot. II, §§ 250, 251.

haben würde. Dieses Prinzip stünde aber mit dem Wesen des Schadensersatzanspruches geradezu in Widerspruch." Die zweite Kommission[1]) dagegen hielt diese Beschränkung des Beweises aus dem Gesichtspunkte für nicht gerechtfertigt, als es auf den Kausalzusammenhang zwischen dem Verzug und dem zufälligen Schaden ankomme. Dieser Kausalnexus ist mit der Feststellung, daß der Schuldner frei wird, falls er dartut, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetroffen wäre, also daß der Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung nicht in einer Weise über den Gegenstand verfügt hätte, wonach die Einwirkung dieses Zufalls unmöglich gewesen wäre, zerschnitten, weil trotz Hinwegdenkens des Verzuges der Erfolg nicht entfällt. Danach muß es also dem Schuldner verstattet sein, auch alle anderen Ereignisse, natürlich nur die in der Zeit des Verzuges bis zum Untergang der Sache eintretenden, anzuführen, um sich von seiner Ersatzpflicht zu befreien. Spätere Ereignisse bleiben selbstverständlich ohne Belang, denn diese lassen den einmal entstandenen Schadensersatzanspruch unberührt. Gegen diesen Gedanken läßt sich nichts einwenden. Windscheid[2]) kommt zu demselben Ergebnis aus einer anderen Erwägung heraus. Beim Verzug ist die begriffliche Voraussetzung die, daß der Schuldner die Leistung noch nachholen kann. Der Schuldner kann also zunächst nur für das zeitliche Entzogensein der Sache haftbar gemacht werden; für die wirkliche Entziehung erst dann, wenn der Schuldner die Leistung unmöglich mehr nachholen kann, weil sie entweder zugrunde gegangen ist, oder sonstwie Schaden genommen hat. Es muß ihm daher die Berufung auf alle die Umstände und Ereignisse offenstehen, durch die der Gegenstand bei rechtzeitiger Leistung auch in den Händen des Gläubigers eine res integra zu sein aufgehört hätte.

Im heutigen Recht ist dieser Punkt aus den angegebenen Erwägungen heraus ebenfalls unbestritten. Identität des beim Schuldner und des beim Gläubiger eingetretenen Zufalls wird nicht gefordert; ist es derselbe Zufall, so wird der Schuldner

[1]) Prot. II, Art. 291.
[2]) Windscheid II, S. 134 Anm. 14.

auch dann haftfrei, wenn er (z. B. dieselbe Feuersbrunst oder dieselbe Überschwemmung) beim Gläubiger später eintritt als beim Schuldner. Denn man muß[1]) derartig einheitliche Ereignisse in ihren verschiedenen Wirkungen auch einheitlich betrachten. Bezüglich des Umfanges des Beweises des Schuldners sind auch im modernen Recht die Meinungen in drei Lager gespalten. Der eingeschränkte Beweis des Schuldners wird auch noch heut von Meißner[2]) und Kuhlenbeck[3]) eifrig vertreten. Im römisch-gemeinen Recht, so sagen sie, sei die Möglichkeit des Verkaufens das regelmäßige gewesen; im B.G.B. sei aber nirgends dieses Moment zum Ausdruck gekommen, mithin müsse man für das B.G.B. das Verbleiben des Gegenstandes in den Händen des Gläubigers als das regelmäßige ansehen. Diese Präsumtion ist aber — abgesehen davon, daß ein Heranziehen des römisch-gemeinen Rechtes zur Erläuterung des B.G.B. durch nichts gerechtfertigt ist — wohl schon deshalb prinzipiell zu verwerfen, als sie eine unzulässige Begünstigung des Schuldners im Gefolge hat. Wollte man überhaupt mit Vermutungen operieren, so würde es wohl schon mehr der Billigkeit entsprechen, die umgekehrte Vermutung aufzustellen. Denn der Beklagte, der durch sein Verschulden die ganze Ungewißheit verursacht hat, ist doch viel mehr als der Kläger verbunden, beim Beweise mitzuwirken. Wenn Meißner und Kuhlenbeck ferner behaupten, der Beweis sei doch, wenn er in der erwähnten Art vom Schuldner gefordert würde, gegenstandslos, so dürfte diese Behauptung auch nicht einwandfrei sein. Das steht doch einmal fest, daß der in Rede stehende Beweis auf alle Fälle von einer Partei erbracht werden muß. Der Schuldner müßte nun, wollte man von ihm den vollen Beweis fordern, dartun, daß der Gläubiger den Gegenstand der Einwirkung des casus nicht entzogen hätte; der Gläubiger dagegen müßte, wollte man ihn beweispflichtig machen, nachweisen, daß er den Gegenstand der Einwirkung des casus doch rechtzeitig entzogen hätte. Nun

---

[1]) Oertmann, § 287 B.G.B.
[2]) Meißner, S. 29.
[3]) Kuhlenbeck, S. 242.

muß man ja ohne weiteres zugeben, daß das erstere bedeutend schwieriger zu beweisen ist, zumal da man unter dem rechtzeitigen Entziehen des Gegenstandes vor dem kasuellen Ereignis doch jede Verfügungsart tatsächlicher wie juristischer Natur verstehen muß. Der Schuldner müßte mithin im Prinzip beweisen, daß der Gläubiger weder tatsächlich noch juristisch über das Leistungsobjekt verfügt hätte, während der Gläubiger seinerseits nur eine einzige Verfügungsart zu beweisen hätte. Man darf aber, wenn man von völliger Gegenstandslosigkeit des Beweises spricht, diesen nicht völlig objektiv untersuchen, sondern auch einmal die praktische Seite der Frage ins Auge fassen. Da werden doch dem Schuldner zur Erleichterung seines schwierigen Beweises immer gewisse Umstände zustatten kommen, z. B.[1]) die Beschaffenheit des Leistungsobjektes, die wirtschaftliche Konjunktur, das völlige Abgeschnittensein von Kommunikationsmitteln, mit einem Wort die gegebene Sachlage. Man wird hier der freien Beweiswürdigung des Richters den größten Spielraum lassen müssen (§ 287 Z.P.O.). Man denke z. B. an folgendes Beispiel: Der Pächter eines Grundstücks kommt mit dessen Rückgabe in Verzug. Auf dem Grundstück lastet ein Veräußerungsverbot. Das Grundstück erleidet während des Verzuges durch eine Überschwemmung beträchtlichen Schaden. Daß in diesem Falle der Richter dem Schuldner den Beweis, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde, wird erlassen müssen, ist doch selbstverständlich. Irgend eine andere Art juristischer Verfügung über das Grundstück, um sich vor Überschwemmungsschaden zu bewahren, ist fast nur noch in der Form rechtzeitiger Versicherung denkbar und darauf hätte sich wohl in dem angegebenen Beispiel der Beweis des Schuldners zu beschränken.

Die herrschende Ansicht begründet die volle Beweislast des Schuldners damit, daß sie im Wege extensiver Interpretation annimmt, daß der Satz „es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre", auch den Beweis, daß der Gläubiger die Sache nicht der Einwirkung des Zufalls entzogen haben würde, involviere. Der Schuldner muß doch

[1]) Vgl. dazu Paech, S. 126.

seinen Beweis, daß der Schaden auch wirklich den Gläubiger getroffen hätte, damit substantieren, daß der Gegenstand sich auch im Besitze des Gläubigers befunden hätte.[1])

Auch Oertmann[2]) steht, wenn auch seine Meinung allgemein als Mittelmeinung angesehen wird, im Grunde genommen auf dem Boden der herrschenden Ansicht. „Der Schuldner brauche dann den in Frage stehenden Beweis nicht zu führen, wenn es sich um einen für den Privatgebrauch des Gläubigers dienenden und seiner Zweckbestimmung nach vermutlich nicht inzwischen konsumierenden Gegenstand handle; wohl müsse man ihm aber den vollen Beweis auferlegen, wo das eine oder das andere Moment nicht zutrifft. Für das letztere aber müsse er, weil nach dem Text beweispflichtig, dem Richter die tatsächlichen Unterlagen erbringen.“ Mit anderen Worten: der Schuldner hat den Nachweis zu führen, daß eine Abwälzung des Schadens nach der Eigenart des Leistungsobjektes oder nach der besonderen Sachlage nicht zu erwarten gewesen wäre. Dies ist aber nichts anderes als ein Hinweis darauf, wie der Schuldner den ihm auch von der herrschenden Meinung auferlegten Beweis, nämlich, daß der Gläubiger die Sache der Einwirkung des casus nicht entzogen haben würde, praktisch zu führen hat. Es wird ja schließlich praktisch der in Frage stehende Beweis an und für sich vom Schuldner ja nie verlangt werden können. Die im Prozeß geforderte Gewißheit ist keine mathematische, sondern nur eine juristische. „Eine solche ist vorhanden, wenn die beigebrachten Gründe die Annahme des Gegenteils nach allgemeiner Lebenserfahrung für jedermann, also auch für den Richter zwar noch denkbar, aber unverständlich erscheinen lassen. Es ist mithin vom mathematischen Standpunkt nur hohe Wahrscheinlichkeit, aber jener hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, der dem Menschen in der Feststellung von Tatsachen allein erreichbar ist.“[3])

---

[1]) Ebenso Cosack, § 287; Endemann, S. 785 Anm. 20; Schollmeyer, S. 127; Titze, S. 119; Dernburg, S. 171; Planck, § 287; Rehbein, S. 128; Fischer-Henle, § 287; Paech, S. 147.

[2]) Oertmann, § 287.

[3]) Planck II, S. 165.

## § 6.

## Beweisführung und Beweislast.

Wir haben die unseren Fall betreffende Beweislastverteilung in ihrer geschichtlichen Entwicklung bis zum modernen Recht hinauf verfolgt und müssen gezwungenerweise die Frage aufwerfen, woher kommt es, daß die Ansichten über diesen Punkt so geteilte gewesen sind, daß auch noch heut der Streit darüber noch nicht verstummt ist? Ich möchte die Antwort kurz dahin zusammenfassen: die Untersuchung vorliegenden Falles krankte an der nicht strikt durchgeführten Unterscheidung zwischen Beweisführung und Beweislast. Wir haben gesehen, daß das römische Recht den Grund für die Kasushaftung des säumigen Schuldners darin suchte, daß durch den Verzug der Gläubiger der Möglichkeit beraubt ist, den Gegenstand vor Eintreten des casus noch rechtzeitig zu verkaufen. Es stellte folgerichtig dann die zugunsten des Gläubigers sprechende Präsumtion auf, daß er (der Gläubiger) den Gegenstand nicht verkauft hätte und bürdete dem Schuldner den umgekehrten Beweis zwecks Befreiung seiner Ersatzverbindlichkeit auf. Auf dem römischen Recht fußend haben die neueren Rechte bis zum B.G.B. die Frage von diesem einseitigen Beweisführungsstandpunkt behandelt und sind infolgedessen zu keinem befriedigenden Ergebnis gekommen. Selbst das neueste Recht hat sich auch noch nicht ganz zu einer genauen Unterscheidung zwischen Beweisführung und Beweislast hindurch gerungen, wollen doch einige Schriftsteller[1]) die Beweislast allein nach der Wahrscheinlichkeit und Billigkeit bestimmen.

Die Grundsätze der Beweisführung sind lediglich nach der konkreten Prozeßlage aufzustellen. Die Erfahrungssätze des Lebens, die Rechtsvermutungen, die gegebene Sachlage, werden hier die größte Rolle spielen. Lediglich nach ihnen wird der Richter auf Grund seiner freien Beweiswürdigung die angemessene Verteilung des Beweises auf die Parteien vornehmen. Zwei Beispiele sollen uns zeigen, wie verschiedenartig der vorliegende Beweis sich vom Beweisführungsstandpunkt darstellt, wie manchmal der Schuldner und manchmal der Gläubiger den erwähnten

[1]) Kohler, H.E., S. 110 ff.; Kisch, Z. f. Ziv.-Pr. Bd. 30, S. 536.

Beweis wird führen müssen. Der Schuldner kommt mit der Rückgabe eines verkäuflichen Gegenstandes in Verzug. Der Gläubiger ist Kaufmann. Gläubiger und Schuldner wohnen in einem Hause, das während der Verzugszeit völlig durch eine Feuersbrunst zerstört wird. Hier muß selbstverständlich der Schuldner, um sich von seiner Haftung zu befreien, den Nachweis führen, daß der Gläubiger rechtzeitig den Gegenstand nicht verkauft hätte. Nehmen wir dasselbe Beispiel, der Gläubiger soll aber nicht Kaufmann sein und der Gegenstand soll ein dem persönlichen Privatgebrauch des Gläubigers dienender sein. Hier, im zweiten Fall, hätte der Gläubiger zur Begründung seiner Klage zu beweisen, daß er den Gegenstand vor Eintritt der Feuersbrunst der Vernichtung entzogen hätte. — Wie verschiedenartig sich ferner bei den verschiedenen Arten von Obligationen und bei den verschiedenen kasuellen Ereignissen das Beweisthema selbst sich darstellen wird, überhaupt, wie die Beweisführung vorliegenden Falles sich im praktischen gestalten wird, dies zu beleuchten ist wegen der Verschiedenartigkeit der Rechtsfälle nicht möglich und das sollte daher ja auch nicht Gegenstand vorliegender Arbeit sein.

Die Beweislast dagegen ist unabhängig von der konkreten Prozeßlage und völlig abstrakt gedacht. Um das Wesen der Beweislast verstehen zu können, möchte ich etwas weiter ausholen. Der Zweck jedes Prozesses ist die Erreichung oder Erhaltung des dem Kläger entzogenen oder gestörten Rechts. Damit einer Klage stattgegeben oder ihre Abweisung erfolgen kann, müssen vorher alle Tatbestandsmomente, die nach dem Gesetz die Voraussetzung des geltend gemachten Anspruchs bilden, festgestellt werden. Man spricht in diesem Falle von der Feststellungslast und versteht darunter „die Notwendigkeit der Feststellung der vom Gesetz verlangten positiven und negativen Erfordernisse eines geltend gemachten Rechts“.[1] Neben diese Frage tritt die weitere: Wer hat die einzelnen Tatbestandsmomente vorzubringen, zu behaupten und im Falle des Bestreitens seitens des Gegners zu beweisen? Damit kommen wir auf die

[1]) Vgl. Cüppner, a. a. O. S. 11.

Grundsätze der Verteilung der Behauptungs- und Beweislast. Ohne Zweifel muß der Kläger, um seinen gerichtlich geltend gemachten Anspruch durchzusetzen, den Richter überzeugen vom Vorliegen derjenigen Tatsachen, an die das objektive Recht die erstrebte Rechtswirkung knüpft. Die Sache des Beklagten ist es nun, den Richter von der Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs zu überzeugen. Der Kläger hat also den Klagegrund, d. h. die regelmäßigen Entstehungstatsachen des von ihm erstrebten Rechts, der Beklagte alle die das klägerische Recht in seinem Entstehen hindernden oder in seinem Bestehen vernichtenden Tatsachen — auch Einwendungen genannt — oder seine einzelnen Gegenrechte — Einreden — zu behaupten und im Falle des Bestreitens seitens des Gegners zu beweisen. Genügt eine Partei dieser Aufgabe nicht oder in nicht ausreichender Weise, so kann sie dazu nicht gezwungen werden, jedoch fällt der Prozeß nicht zu ihren Gunsten aus. Man spricht heute daher nicht mehr von einer „Beweispflicht“, weil eben die Beweistätigkeit der Parteien im Prozeß auf keiner Rechtspflicht beruht, sondern nur von einer „Behauptungs- und Beweislast“, womit man zum Ausdruck bringen will, daß die Unterlassung der Behauptungs- und Beweistätigkeit einer Partei ihr Unterliegen im Prozesse zur Folge hat.[1]) Der Begriff der Behauptungs- und Beweislast deckt sich nicht immer, denn es brauchen offenkundige und zugestandene und alle die Tatsachen, für die das Gesetz eine Vermutung aufstellt, nicht bewiesen zu werden.

Was nun aber zur Begründung des in der Klage vom Kläger behaupteten Rechtes und was zur Begründung aller der Tatsachen auf der Gegenseite, welche die Aufhebung und Vernichtung des klägerischen Rechts zur Folge haben sollen,[2]) gehört, war bisher Gegenstand großer Kontroversen. Das ist jedenfalls klar, daß der Kläger unmöglich alle die seinen Anspruch, und der Gegner alle die seine Gegenrechte bezw. Einwendungen begründenden Voraussetzungen werden erbringen können. Die

[1]) Vergl. dazu: O. Fischer, Deutsches Privatrecht, S. 720.
[2]) O. Fischer-Henle, Einleitung, S. 29; Rosenberg, Die Beweislast, S. 58.

Parteien werden eben nur das vorzubringen haben, was das materielle Recht zur Begründung bezw. Aufhebung des in der Klage verfolgten Rechtes fordert, und insofern gehört die Frage der Beweislastverteilung in das materielle Recht. Den Kläger trifft zunächst die primäre Beweislast wegen des staatlichen Interesses an dem Fortbestehen des vorhandenen Besitzstandes.[1] Wie aber die als Klagegrund bezeichneten Tatbestandsmomente des Klägers von den dem Beweise des Beklagten unterworfenen Tatbestandsmomenten richtig abzugrenzen sind, ist Aufgabe der Beweislasttheorien. Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, an der Hand der von der Wissenschaft aufgestellten Beweislasttheorien ein Kriterium für die Beweislastverteilung im Falle des § 287 Satz 2 zu finden.

## § 7.

## Die einzelnen Beweislasttheorien und ihre Bedeutung für die Lösung vorliegender Frage.

Die älteste, schon von Irnerius begründete Beweislasttheorie, die sich auf die mißverstandenen Stellen „C. IV. 19, 23“: „cum per rerum naturam factam negantis nulla probatio est“ und „D. XXII, 3 1, 2“: „ei incumbit probatio, qui dicit non qui negat“ stützte, besagte, daß nur derjenige, der etwas behauptet, nicht derjenige, der etwas bestreitet, beweisfällig sei, mit anderen Worten: nur das positive Moment im Prozeß bedarf des Beweises, nicht das negative. Diese Theorie, die bei der Abfassung des A.L.R. eine so große Rolle gespielt und schließlich auch im Verhältnis zum gemeinen Recht eine Verschiebung der Beweislastverteilung zur Folge gehabt hat (vgl. S. 19 ff.) ist für den vorliegenden Fall ja auch von einschneidender Bedeutung, da es sich doch fortwährend um die Frage dreht, ob der Schuldner die Negative, daß der Gläubiger den Schuldgegenstand nicht der Einwirkung des casus entzogen hätte, oder ob der Gläubiger die entsprechende Positive zu beweisen habe. Sehen wir uns die angeführten Stellen etwas näher daraufhin an, was das „negare“ bezw. das „dicere“ zu bedeuten hat. Wörtlich über-

[1]) Beckh, § 2 S. 15; Endemann a. a. O., S. 496 Nr. 2.

setzt besagen die Stellen: denjenigen, der eine Negative behauptet, trifft nicht der Beweis und der Gegner hat den Nachweis der entsprechenden Positive zu führen; logisch dagegen bedeutet dies vielmehr:[1]) derjenige, der eine Tatsache behauptet, hat sie auch zu beweisen, nicht derjenige, der sie leugnet; „negare“ heißt also Bestreiten der gegnerischen Behauptung, nicht Behaupten einer selbständigen Negative. Zudem widersprechen ja die römischen Quellen selbst der Auffassung der Unmöglichkeit des Negativen-Beweises. Gaius fordert z. B. in D. VI, 2 13, § 2[2]) von demjenigen, der mit einem pupillen einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, den Beweis: „se emisse tutore auctore lege non prohibente.“ — Wenn die Anhänger[3]) der Negativen-Theorie weiter behaupten, das Nichtgeschehen als solches könne nicht kausal wirken, d. h. also, die Negative kann für einen Anspruch nicht Voraussetzung seiner Entstehung sein, so muß man ihnen im philosophischen Sinne recht geben; wir können aber nicht bei der Untersuchung der Beweislastregeln, die doch nur der bloße Ausdruck für eine praktische Folge aus den Rechtsregeln des materiellen Rechts sind, mit philosophischen Deduktionen operieren. Juristisch kann doch ein Nichtgeschehen bezw. Unterlassen ebenso Entstehungsvoraussetzung eines Anspruches sein wie ein Geschehen bezw. positives Tun. Nicht die Tatsachen, sondern die Rechtssätze des objektiven Rechts bringen Rechtswirkungen hervor, sobald ihre Voraussetzungen gegeben sind, und wenn die Voraussetzungen negativ sind, so müssen doch die Rechtswirkungen genau so eintreten, wie bei entsprechend positiven Voraussetzungen.

Beckh[4]) schließt aus der Wortfassung des B.G.B., nach der das „nicht“ statt bei dem Prädikat bei dem „wenn“ oder „soweit“ steht, daß es den Beweis von Negativen nicht zulasse. Aus der allgemeinen Satzbaulehre im B.G.B. aber einen Schluß auf die Verteilung der Beweislast ziehen zu wollen, ist natürlich in dieser

---

[1]) Vgl. dazu Bethmann-Hollweg a. a. O., S. 338.

[2]) Vgl. Leonhard, S. 17.

[3]) Kori, Arch.-Ziv.-Prax., Bd. 8 S. 91; Dernburg, Pr. Pr. R. Bd. I S. 278; Dernburg, Pand. I, S. 369; Beckh, S. 56 ff.; Fitting, S. 13 ff.; Martinius, S. 11 ff.

[4]) Beckh a. a. O., S. 59 ff.

allgemeinen Fassung durch nichts gerechtfertigt. Man wird ja zugeben müssen, daß der Beweis von Negativen bisweilen sehr schwierig sein wird und nicht direkt, sondern nur indirekt meistens wird geführt werden können. Andererseits muß man aber wieder in Betracht ziehen, daß eine Affirmative manchmal ebenso schwierig zu beweisen sein, ja manchmal völlig undurchführbar sein wird. Ferner wird sich eine Negative manchmal ohne weiteres in eine Positive verwandeln lassen. Jedenfalls würde die Behandlung der Frage aus dem Gesichtspunkt der größeren oder kleineren Schwierigkeit der Beweisführung zu den größten Inkonsequenzen führen. Das Kennzeichen, ob etwas schwieriger oder leichter zu beweisen ist, ist immer trügerisch und man darf doch aus keinem Grunde irgend welcher Art jemals der Partei die Beweislast auferlegen, die sie nach materiellen Rechtssätzen nicht zu tragen hat.[1]) Die Negativen-Beweistheorie, deren Unhaltbarkeit zuerst Weber nachgewiesen hat,[2]) ist auch heute von den modernen Schriftstellern nicht mehr anerkannt. Die Motive[3]) halten die Ansicht, daß Negative keines Beweises bedürfen, auch nicht für richtig. Derselben Meinung ist das sächsische Gesetzbuch, welches im § 171 bestimmt: Wer ein Recht gerichtlich geltend machen will, muß die dasselbe begründenden Tatsachen beweisen, gleichviel ob sie in dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein gewisser Umstände bestehen. R.G.E. Bd. 7, S. 46 sagt: „Der Kläger muß den Klagegrund beweisen, seien es positive oder negative Tatsachen.“

Manche wollen die Negativentheorie dahin auslegen, daß sie unter der Negative die Fortdauer, unter der Positive die Veränderung verstehen.[4]) Jede Wirkung müsse eine Ursache, also jede Veränderung einen Grund haben, so sagen sie, und folgern daraus die Notwendigkeit der Vermutung des Bestehens eines Zustandes, vorausgesetzt, daß kein zwingender Grund für das Gegenteil, also für eine Veränderung spricht. Das ist ohne

---

[1]) Vgl. dazu Weber a. a. O., VI, § 5; Reinhold, S. 90.

[2]) Weber-Heffter a. a. O., S. 104.

[3]) Mot. I, S. 382 ff.

[4]) Vgl. Schneider a. a. O., § 15; ebenso Fitting, Grundlagen d. Beweislast i. d. Ztschr. f. ziv. Pr. XIII, S. 1—79.

weiteres klar, daß man sehr oft, wenn die Entstehung eines Zustandes bewiesen wird, auch somit seinen jetzigen Bestand beweisen wird, und darin allein steckt der richtige Gedanke dieser Fortdauertheorie. Es wird nun aber oft Fälle geben, wo nicht der Bestand, sondern gerade die Veränderung eines Zustandes vermutet wird (vgl. dazu Leonhard, S. 68). In allen diesen Fällen muß natürlich nicht nur das Entstehen, sondern auch das Fortbestehen bewiesen werden, was ausdrücklich dann erforderlich ist, wenn das Gesetz von einem bestehenden Zustand die Geltendmachung eines Rechtes abhängig macht (vgl. dazu § 996 B.G.B. z. B.). Hieraus erhellt, daß es lediglich eine Frage der konkreten Beweiswürdigung ist, ob man aus dem Bestehen eines Zustandes auch auf seine Fortdauer schließen kann. Die herrschende Meinung[1]) und auch das Reichsgericht[2]) billigt nicht diese Fortdauertheorie. Letzteres sagt: „Eine Präsumtion für die Fortdauer eines einmal entstandenen Zustandes existiert grundsätzlich nicht."

Rizy[3]) gibt ebenfalls eine eigenartige Begründung der Negativentheorie: Er nennt die zustandsändernden Tatsachen „realnegative" und die zustandsdauernden nennt er „realpositive". Erstere brauchten deswegen nicht bewiesen zu werden, weil sie wegen der in ihnen liegenden größeren Anzahl von Möglichkeiten mehr Wahrscheinlichkeit für sich hätten. Der Begriff „nicht rot" ist ein weiterer als der Begriff „rot", allerdings nur philosophisch gesprochen. Juristisch aber darf man nicht die Zahl der Möglichkeiten, sondern ihre Anwendungsfälle für die Wahrscheinlichkeit ins Auge fassen.[4]) Wer im Prozeß „nicht rot" behauptet, behauptet nicht mehr wie der, der „rot" behauptet. Denn er sagt nicht, es gibt alle möglichen Farben außer rot, sondern er sagt, von allen möglichen Farben gibt es eine, nur nicht rot. Da er also nicht mehr Möglichkeiten behauptet wie der den

---

1) Weber, S. 126; Bethmann-Hollweg, S. 347; Langenbeck, S. 288; Rosenberg, S. 97 ff.

2) R.G.E., Bd. 42, No. 214.

3) Rizy, S. 190 ff. u. S. 40 ff. a. a. O.

4) Vgl. Leonhard, S. 60.

Begriff „rot" Behauptende, besteht für die realpositiven Tatsachen dieselbe Wahrscheinlichkeit wie für die realnegativen.

Langenbeck[1]) stellt die Lehre auf, daß nur äußere, nicht innere Tatsachen beweisbedürftig sind. Der Kläger hätte mithin nur die äußeren Merkmale der Entstehung seines Anspruchs darzutun, während den Beklagten der Beweis aller nicht zu diesen Merkmalen gehöriger Momente treffe. Den Anlaß zu dieser Lehre gab wohl die allgemeine Erkenntnis, daß im Verkehrsleben auch nur nach äußeren Merkmalen geurteilt werde und daß der Richter im Prozeß oft nur auf Grund der äußeren vorgebrachten Tatsachen seitens der Parteien einen Schluß auf die inneren Beweggründe und Willensmomente wird ziehen können. Abgesehen davon, daß diese jetzt auch schon völlig überwundene Lehre mit dem positiven Gesetz — denn dieses verlangt auch der Beweis innerer Tatsachen — im schärfsten Widerspruch steht, so ist auch der Begriff der äußeren Tatsachen selbst ein ungeklärter.[2]) Einige verstehen darunter die Tatsachen, die als Tatbestand sichtbar in die Sinnenwelt treten, andere wiederum nur die Tatsachen, die jetzt im Zeitpunkt der Entscheidung schon bei äußerlicher Betrachtung erkennbar sind. Der richtige Kern dieser Theorie ergibt sich eben auch nur aus der Beweiswürdigung.

Auch nicht die Vermutungstheorie kann Anspruch erheben, eine wirkliche Regel zu bieten. Wir haben ja gesehen, daß die Bestimmung der Beweislast nach den Vermutungen bei unserer Frage eine so große Verwirrung hervorgerufen hat, denn es blieb letzten Endes immer die Frage: Welches sind denn die Vermutungen?[3]) Den Anlaß zu dieser Theorie gab die Stelle D. XXII, 3, 25 pr.: „praesumtionem pro eo esse qui accepit, nemo dubitat." Das alte wie das neue Recht stellt die Vermutungen nur in gewissen Fällen auf, nicht etwa um eine Verschiebung der Beweislast herbeizuführen,[4]) sondern um den Belasteten vom Beweise zu befreien, ohne indessen festzusetzen, wem

---

[1]) Langenbeck a. a. O., S. 279 ff. Ebenso Burkhard, S. 156 ff.
[2]) Vgl. Leonhard, S. 73.
[3]) Vgl. Grolmann a. a. O., S. 81 ff.
[4]) Wach a. a. O., S. 18 ff.; Wetzell a. a. O., S. 146 Abs. 2.

die Feststellung obliegt; es bleibt der Gegenpartei überlassen, die Präsumtion durch Gegenbeweis zu nichte zu machen.

Weber und Bethmann-Hollweg waren die ersten Schriftsteller, die eine Trennung der Voraussetzungen eines Anspruchs in die zu seiner Entstehung erforderlichen und in die ihn in seinem Bestehen wieder aufhebenden Tatsachen vornahmen. Ihnen gebührt das Verdienst, als die ersten eine wissenschaftliche Grundlage für das Beweislastproblem gefunden zu haben, auf denen die heutigen modernen Beweislasttheorien basieren. Weber[1]) sagt: „Es genüge zum Beweise eines Rechts der Nachweis dessen, was in bezug auf dieses Recht wesentlich ist." Ähnlich beschränkt Bethmann-Hollweg[2]) den Beweis auf die „eigentümlichen unmittelbar wesentlichen Bedingungen des Rechts", worunter er alle diejenigen Tatsachen, die ein Recht seinem Begriff nach in der Regel zur Entstehung bringe, verstehen will. Die Regel wiederum ist für ihn nicht die Mehrheit der Fälle, sondern alles das, was unmittelbar aus dem Begriff eines Rechts oder Rechtsverhältnisses abgeleitet werden kann. Da man nun die Regel solange annehme, bis das Gegenteil, also die Ausnahme, erwiesen sei, so bildeten nur die regelmäßigen Entstehungstatsachen eines Anspruchs den Beweise des Klägers unterworfenen Klagegrund, während alle anderen Tatsachen, auf Grund deren das beanspruchte Recht ausnahmsweise entweder gar nicht zur Entstehung gelangt oder nachträglich wieder zugrunde gegangen sei, zum Einredegrund gehörten. Diese Begriffe sind aber auf den ersten Blick gesehen, sehr unbestimmt; man war daher in der Folgezeit bemüht, die Entstehungstatsachen eines Rechts klarer zu fassen. So sagt Planck,[3]) es genüge der Nachweis der regelmäßigen Entstehungstatsachen, die dem Richter die Annahme des Nichtdaseins des Rechts zwar noch denkbar, aber doch unverständig erscheinen lassen. Nach Enneccerus[4]) sind die Tatsachen zu beweisen,

---

[1]) Weber, S. 86.
[2]) Bethmann-Hollweg, S. 350 ff.
[3]) Planck, Z.P.O. II, S. 171.
[4]) Enneccerus, Bd. I, S. 150.

welche dem Richter die Überzeugung verschaffen, daß das Klagerecht entstanden ist, wenn etwa nicht besondere Hindernisse vorliegen sollten. Nach Wach,[1]) die Tatsachen, welche nach dem verständigen Ermessen eines erfahrenen Mannes zur Annahme des Bestehens des Rechts führen. Nach Cosack[2]) diejenigen Tatsachen, woraus beim regelmäßigen Gang der Dinge der Erwerb des Rechts hervorgeht. — Damit geben aber diese Schriftsteller diesen Beweislastgrundsätzen eine zu subjektive Fassung, betrachten sie also wiederum mehr vom Standpunkt der Beweiswürdigung aus, anstatt ein objektives Beweislastprinzip zu finden. Alle diese Theorien können infolgedessen auch für unseren Fall nicht als objektive Richtschnur dienen. Betzinger[3]) hat versucht, ein Kriterium der regelmäßigen Entstehungstatsachen eines Rechts auf Grund positiver Normen zu geben. Er stellt an die Spitze der Beweislastverteilung den Satz: „Jede Partei trifft der Beweis dafür, daß der Mindesttatbestand der für ihren Sachantrag vorteilhaften Rechtsnormen im Prozeß zur Feststellung gelangt", oder kürzer gefaßt: „Jede Partei hat den ihr vorteilhaften Normtatbestand zur Feststellung zu bringen." Betzinger geht von der Wirkung der einzelnen Rechtssätze aus und dem Verhältnis, in dem diese zueinander stehen und stellt gewisse Normentatbestände „Regelnormen" auf, zu denen im Gegensatz „Ausnahmetatbestände" „Ausnahmenormen" stehen. Sämtliche Erfordernisse des Tatbestandes nennt er den Mindesttatbestand. Der Kläger hätte nun den Normaltatbestand, Beklagter den Ausnahmetatbestand zu beweisen. Diese Theorie bestimmt sich lediglich nach der Norm, nach dem Verhältnis von Norm zu Gegennorm;[4]) sie setzt also eine strikte Formulierung des Gesetzes voraus. Wie nun, wenn diese Formulierung einmal mangelhaft ist, oder wenn es sich gar um Gewohnheitsrecht handelt? Dann muß sie völlig versagen.

---

[1]) Wach, Z.P.O. I, S. 128.
[2]) Cosack, Bd. I § 79 S. 280.
[3]) Betzinger, Beweislast im Ziv.-Proz. S. 2 ff.
[4]) Vgl. Leonhard, S. 99.

## § 8.

## Begründung für die volle Beweislast des Gläubigers aus der Notwendigkeit des Beweises des Kausalzusammenhanges zwischen Verzug und Schaden.

Aus der vorliegenden kurzen Besprechung der einzelnen hauptsächlichsten, in der Wissenschaft aufgestellten Beweislasttheorien können wir den Schluß ziehen, daß keine von ihnen, weil selbst im Prinzip zu verwerfen, auch für unsere Frage eine befriedigende Lösung bringen kann. Wir wollen daher versuchen, nur aus dem Gesetz heraus zu einem objektiven Prinzip für die Verteilung der Beweislast im Falle des § 287 Satz 2 B.G.B. zu kommen. Um von vornherein eine falsche Vorstellung über den Grund der Kasushaftung bei der mora des Schuldners auszuschalten, muß ich bemerken, daß das moderne Recht sich im Gegensatz zum gemeinen Recht zu einer ganz anderen Anschauung darüber durchgerungen hat. Es stellt den Grund für Kasushaftung ganz abstrakt hin und läßt infolgedessen keine Rückschlüsse auf die Verteilung der Beweislast zu. — Jeder, der auf die Rechtssphäre eines anderen objektiv rechtswidrig einwirkt, dessen Handeln ist rechtsverletzend, also auch, wenn jemand eine Sache, die er zu einem bestimmten Termin liefern soll, nicht liefert. Befindet sich der Betreffende bezüglich dieses rechtsverletzenden Verhaltens in mala fide oder konnte er sich dessen ohne Anstrengung bewußt werden, für unseren Fall angewandt, begeht er eine wahre mora, so haftet er für jeden aus dieser Pflichtverletzung entstehenden Schaden, mithin auch für Zufall. Will nun jemand aus der rechtswidrigen Einwirkung eines anderen auf seine Rechtssphäre Schadensersatzansprüche herleiten, muß den Kausalzusammenhang zwischen seinem Schaden und dem Verhalten des Verletzenden nachweisen. Der Beweis des Bestehens eines Kausalnexus zwischen dem Schaden und dem Handeln eines anderen ist Voraussetzung jeder Schadens- und Interessenforderung und wird vom Reichsgericht immer als erstes Prinzip zur Grundlage seiner Entscheidung hierüber gemacht.[1]) Nach § 286 B.G.B. hat dem-

[1]) Vgl. z. B. R.G.E., Bd. 33, S. 263.

nach der Gläubiger darzulegen, daß ihm durch den Verzug des Schuldners ein Schaden erwachsen sei, daß also zwischen dem Verzug und seinem Schaden Kausalzusammenhang besteht. Der Beklagte hat umgekehrt, um sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien, seinerseits zu beweisen, daß aus den oder den Gründen ein Kausalnexus nicht bestehe, für unsern Fall: daß ein zufälliges Ereignis zwar eingetreten ist, aber dieses den Gegenstand auch bei rechtzeitiger Leistung in den Händen des Gläubigers vernichtet haben würde, und mithin der Kausalzusammenhang unterbrochen sei. Als drittes Beweismoment kommt aber, wie schon oben gesagt, hinzu, daß der Gegenstand der Einwirkung des casus entzogen oder nicht entzogen werden konnte. Wer hat das letztere zu beweisen? Hat der Gläubiger die Negative darzulegen, daß der Kausalzusammenhang doch nicht unterbrochen ist, weil er den Gegenstand rechtzeitig der Einwirkung des casus entzogen hätte, oder hat der Schuldner zu beweisen, daß der Kausalzusammenhang doch unterbrochen ist, weil der Gläubiger den Gegenstand nicht rechtzeitig der Einwirkung des casus entzogen hätte. Ich möchte mich der Auffassung Leonhards anschließen, der den besagten Beweis dem Gläubiger auferlegt.[1]) Wenn man erwägt, daß den Gläubiger die primäre Beweislast trifft, und daß er dafür verantwortlich ist, daß sein Klagebegehren genau substantiiert ist und er mithin den Schaden der Ungewißheit zu tragen hat, so muß doch auch in unserem Falle der Kläger, wenn es außerdem feststeht, daß das Leistungsobjekt auch bei rechtzeitiger Lieferung durch das Ereignis zugrunde gegangen wäre, seine Schadensersatzklage weiter damit substantiieren, daß er den Gegenstand auch rechtzeitig der Einwirkung des casus entzogen hätte. Dies ist m. E. der innere Grund, warum dem Kläger im Prinzip die volle Beweislast auferlegt werden muß, oder m. a. W.: warum der Kläger, wenn das letztere Beweismoment unaufgeklärt bleibt, mit seiner Klage abzuweisen ist.

---

[1]) Vgl. Leonhard, S. 365.

# Schluß.

## § 9.

Es gibt Fragen in der Rechtswissenschaft, die sich sehr schwer in allgemeine Gesetzesformeln zwingen lassen. Dazu gehören die Beweislastfragen und somit auch die vorliegende. Es wird, wie schon eingangs erwähnt, lediglich eine Frage der Beweisführung und Beweiswürdigung bleiben, ob der Gläubiger oder der Schuldner den in Rede stehenden Beweis zu erbringen hat.

# Lebenslauf.

Am 29. Januar 1886 wurde ich, Max Kaiser, zu Oppeln geboren. Ich bin katholischer Religion und preußischer Staatsangehöriger. Ich besuchte zunächst das Gymnasium zu Oppeln, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte dann an den Universitäten München, Berlin und Breslau Rechtswissenschaften und bestand am 25. Juni 1909 in Breslau meine erste juristische Staatsprüfung. Zu meiner Ausbildung wurde ich dem Amtsgericht Karlsruhe O.-S. als Referendar überwiesen und kam dann, nach Ableistung meiner Militärpflicht, in gleicher Eigenschaft ans Landgericht zu Oppeln. Nach längerem Urlaub nahm ich darauf meinen Abschied aus dem Justizdienst.